

POR DOÑA MARIA

HVRTADO DE LA FVENTE, MVGER DE don Luys de Paz y Medrano, Cauallero del Orden de Calatraua, vezino de esta Ciudad.

EN EL PLEYTO.

CON D. VRSOLA DE LA FVENTE HVRtado y Carvajal, viuda del Licenciado don Manuel de Corbera, y consortes.

Sobre la diuision de los bienes de la comunidad y cōpañia de los Hurtados, y agrauios de las cuētas que para dicha diuision se hizieron por mandado de los señores Presidente y Oydores de esta Real Chancilleria.

En Granada, en la Imprenta Real, Por Francisco Sāchez, en frente del Hospital del Corpus Christi. Año de 1659.

N. 1. NVNCA se verificò mas bien q̃ en este pleyto lo que dixo Papiniano en la *l. cum pater*, *§. dulcissimis*, *ff. de legat. 2.* ibi: *Item, iure diuisionis res propria facta non præstabuntur, cum discordis propinquorum prospexerit, quas materia communionis solet excitare.* Y de que parece tomaron la razon Paulo, y Vlpiano para dezir, el vno en la *l. in re communi*, *ff. de servitut. vrban.* *Itaque propter immentas commentationes, plerumque res ad diuisionem pervenit.* Y Gotofredo en su nota, *litter. G. Diuisio ob immensas contentiones necessaria.* Y el otro en la *l. si non sortem*, *§. si centũ*, *de conditione indeb. Nemo enim invitus compellitur ad communionem.* Y lo repitiò el Emperador Iustiniano en la *l. fin. C. commun. diuidund.* ibi: *In communione, vel societate nemò compellitur invitus.* Y por estos textos hizieron los Doctores axioma comun, videlicet: *Communio regulariter parit discordias, & ideò solet dici, quod nemò cogitur stare in communione*, que larga mano los juntò Barbosa en sus axiomas, *axiomate* 45. y añadiò otros muchos don Antonio de Dueñas en sus axiomas, y lugares comunes, *litter. C. nu. 6.* pues desde el año de 1582. començaron en esta, que se ha llamado: *La comunidad de los Hurtados*, tantas discordias, y pleytos, que han ocupado esta Chancilleria muchos años, creciendo los papeles actuados en ellos de manera, que han confundido la materia de la diuision, y la han hecho tan inaccesible, que pueden temer los Abogados darla a entender, y los señores juezes (aunque tan doctos, y que como pars corporis Principis, tienen, in scrinio pectoris vniuersum ius) su determinacion.

2 ¶ En tanta confusion de papeles tomò por medio preciso, y necessario, ò por mejor dezir, por remedio, y muy juridico, la Sala, el mandar, que esta comunidad se diuidiesse, partiendo entre los interessados conforme a las porciones que han de

auer,

auer, segun los capitales de los que formaron esta comunidad, ò compañia, los bienes rayzes que de ella existen, con que antes de la diuision se ajustassen, y liquidassen los bienes, y hazas de que se cõponia la dicha comunidad, porque segun el consejo de Dionisio Gotofredo *in notis, ad dict. §. dulcissimis*, verbo, *discordijs propinquorum, litter. O.* se puede tomar interpretacion para componer las discordias entre deudos, y parientes, y assi dize: *Discordiæ inter propinquos sedandæ gratia, is intellectus nobis sumendus est, in lege, statuto, testamento, vt ad propinquos inter se componendos interpretationem semper sumamus.* Y ninguno mejor se pudo tomar, para que tuuiesse principio la enmarañada disolucion de esta litigiosa compañia, y cessassen los administradores, que todos los frutos malograuan, y las discordias, y quexas de vnos, y otros, que mandar diuidir los bienes rayzes, y que dellos fuessen gozando los participes, como de cosa suya, y para ello se apeassen, y midiessen las hazas, que erã (sin duda) desta compañia, y las que las partes verificassen auer mas, y que para esto se lleuassen al Contador.

3 ¶ Pero como toda via quedaua la cõpañia en los frutos, quedò el resauio de lo que produze, y no cessò el inconueniente, ni cessaron las discordias, y assi hechas las cuentas por el Contador, nacieron, quando se pretendiò cortada ya esta cabeça, otras diez en los diez agrauios que por las partes se han propuesto contra dicha cuenta, cuya determinacion en reuista es la que V. m. ha de hazer.

4 ¶ Para ello se hizo memorial, y tan cõfuso, que no sè si diga que lo està mas que todo el gran volumen de los autos, pero ya se aurà de passar por el, advirtiendo del hecho en cada agrauio lo que a esta parte le parece necessario a su defensa, y haziendo antes de entrar en ellos algunas breues suposiciones en lo que no ay controuersia, para que la defensa que hiziere corra con la claridad

que

que en negocio tan confuso yo pudiere, si no fuere tan desgraciado, que afectādo la breuedad, tropiece, y aun cayga en la obscuridad, ad illud Horatij: *Breuis esse laboro obscurus fio.*

5 ¶ Y assi supongo. Lo primero, que esta compañia la formaron quatro hermanos, que fueron, *Gonçalo*, *Rodrigo*, *Iuan*, y *Hernando Hurtados*, hijos de Rodrigo de la Fuente, y Eluira de la Torre, estos vinieron de la villa de la Puebla de Montalvan a la ciudad de Motril. De que bienes, ò cantidades formassen esta compañia, no consta, ni en que tiempo, solo consta, que en onze de Setiembre de el año de 1580. Iuan Hurtado de la Fuente, vno de los quatro hermanos, por su testamento, debaxo de cuya disposicion muriò, por vna clausula declarò, que la compañia que entre el, y los otros tres sus hermanos auia, de que no ay escritura, ni assiento, estaua puesta en cabeça de qualquiera dellos, y que no embargante que se auia comprado mucha hazienda, toda era de esta compañia, y remite a la declaracion que hiziere Rodrigo de la Fuente su hermano, en quanto a los puestos de la compañia, y en quanto a lo que cada vno ha ganado, y ha de ganar, y que se estè, y passe por lo que declarare.

6 ¶ En virtud de esta clausula declarò Rodrigo, que en esta compañia auian entrado el, Iuan, y Gonçalo dos partes, y Fernando vna, sin que se diga quanta cantidad contengan estas partes, ò porciones que assi entraron, ni que fuesse en dinero, ò en possessiones, y en esto vàn llanos todas las partes.

7 ¶ Supongo lo segundo, que en todo este tiempo, y en tantos instrumentos como se hā presentado, ninguno de los participes ha presentado papel alguno por donde conste que particularmente tuuiesse hazienda, y lo que mas se ha dicho por la parte de doña Vrsula de la Fuente es, que Rodrigo de la Fuente en aquel tiempo tuuo la dote de su muger, y esta consta que solo fue de 300U.

mara-

marauedis, y la hazienda de la Puebla de Montalvan, que por los papeles que por esta parte se presentaron en esta instancia consta, que està oy indiuisa, y por partir.

8 ¶ Esto supuesto, discurro por los agrauios como estàn en el memorial.

PRIMERO AGRAVIO.

9 QVE lo fue no poner en el cuerpo de bienes de la comunidad para hazer la diuision todas las hazas, y demas bienes que doña Vrsula de la Fuente, y don Manuel de Corvera su marido dieron a doña Geronima Canicia, viuda de don Rodrigo Hurtado de la Fuente, por via de transacion, siendo, como todo era, de la comunidad, y no auer el Contador ajustado esto antes de entrar en la diuision, como se manda por las sentencias de vista, y reuista, dandole en ella a la dicha doña Vrsula de la Fuente toda la parte que le podia tocar, y auer, por la cabeça de Rodrigo Hurtado, que representa, y de mayores cantidades, y mejores hazas, como si no se huuiera sacado de los bienes de la comunidad lo que a la dicha doña Geronima le dieron por la transacion.

10 ¶ La determinacion de este agrauio en vista fue, que justificando que las hazas de las Xarcas altas, y baxas, y moredas, y las tres hazas que possee doña Geronima Canicia pertenecen a la comunidad, se saquen, y se pongan en cuerpo de bienes de dicha cuenta.

11 ¶ Pretende, pues, esta parte, y lo mismo otros interessados en esta comunidad, que està verificado ser las hazas referidas de ella, y deuerse poner en el cuerpo para la diuision, por los medios siguientes.

12 ¶ El primero, porque expressamente se mandò por las sentencias de vista, y reuista, que la diuision se hiziesse por el inventario de las hazas que se hizo por los tres hermanos participes

que

que quedaron muerto Iuan de la Fuente, dos años despues de su muerte, que esta fue el año de 1580. y el inventario por el de 582. entrando Rodrigo de la Fuente por si, y como tutor de los hijos de el dicho Iuan de la Fuente, y en este inventario ay dos hazas, vna de treze marjales en la Xarea, y otra de diez marjales en la Xarea alta, y luego ay vna partida, que es la catorze, que dize: *Ay otras hazas en la dicha vega, y otras partes, que todas las del dicho tanteo tienen 773. marjales y medio, y estan tassadas en tres quentos 664ʃ225. marauedis, y lo firmarõ los participes por ante Marcos Ruyz escriuano.* Y la particion que hizo el Contador fue de 500. marjales, poco mas.

13 ¶ Supuesto esto, quien puede dudar que las hazas que se dieron a la dicha doña Geronima Cañicia por la transacion fueron de la comunidad, y las demas que se hallan en poder de los interessados en ello?

14 ¶ Lo vno, porque, como adverti en las suposiciones del hecho, no se dà que estos quatro hermanos entrassen bienes, ni cantidades en esta compañia, y todas estas hazas, y ingenios de açucar, y lo demas lo produxo la compañia, y aunque parece que no se puede negar que pusieron cantidades en sus principios, por lo menos por ningun papel consta que entrassen hazas, ni ingenios, y es casi impossible que no huuiera parecido (en tantos años de pleyto) vna escritura de compra de alguno de los compañeros, y no es nueuo que se forme vna compañia sobre frutos, sin auer cosa principal, y sobre quantas cosas aun no son, pero se espera que las aura; sic Hect. Felicius *de societat. cap. 9. num.* 17. que hablando de la causa material de la compañia dize: *Et potest contrahi super fructibus, absque re principali,* Alexand. *cons.* 491. *lib.* 1. Dec. *in l. si pascenda, C. de pactis.* Y prosigue en el num. 18. *Et super rebus omnibus, quę adhuc, non sunt, sed tamen esse sperantur*, iuxta text. *in l. nec emptio, & in l. si consensum, ff. de contrahend. empt. & in l.*

3. §.

3.§.de illo, & in l.si Margarita, ff.pro socio, Bart. Socin. *in dict.l.si pascenda, C.de pact.* Doctrina que con las mismas palabras repite Mar. Giurb. *ad consuetud. Messanenses, cap.16.glos.1.part.1.num.5.* Y assi no dandose otra hazienda en los que formaron la comunidad, y compañia, ni titulo particular de alguno de sus sucessores, todas estas hazas que qualquiera destos posseyere se han de tener, y reputar por de la compañia, y se han de poner por cuerpo della, y diuidirse entre los interessados.

15 ¶ Concurre con esto el constar de el tanteo del año de 582. hecho por los tres hermanos q̃ formarõ la comunidad, q̃ auia 773. marjales en diferentes hazas, y no auer consistido el cuerpo de los bienes q̃ della hizo el Contador mas que en 500. marjales, no dandose titulos particulares de los que formaron la compañia, ni de sus herederos, que la han continuado, todas las hazas hasta la cãtidad de los 773. marjales se deuen precisamente tener por de la compañia.

16 ¶ Lo otro, porque la identidad se prueua con testigos, y con conjecturas, y en quanto este agrauio està prouado euidentemente por ambos medios.

17 ¶ Con testigos, porque en la prouança que en esta instancia ha hecho doña Francisca Hurtado, dizen muchos testigos que saben, que las dichas hazas son de la comunidad de los Hurtados, y que las conocen, y todos de oydas, y fama publica que lo son, y en particular las que por la dicha transacion se dieron a doña Geronima Canicia, para cuyos marjales se remiten a la transacion, y al inuentario, y estos testigos en materia de identidad, y en cosa que con su edad no pudieron alcançar de vista, quando no se auian entrado vnos, y otros en estas hazas (como es constante se entraron, pues la Sala embiò al Licenciado don Alonso de Coca Ortuño, Relator desta Chancilleria, y deste pleyto, para que los despojasse, y con efecto despojò a muchos) prueuan, nam in antiquis,

quis, & quando res eius est qualitatis, vt de visu reperiri non possint, tunc testes de auditu, vel de auditu ex auditu, probant Pelaez de Mieres *de maiorat. part.* 4. *quæst.* 20. *num.* 56. Cardin. Thusc. *litter. l. conclus.* 4. *num.* 28. Rimin. iunior *cons.* 623. *nu.* 314. Sim. de Prætis *de interpret. vltim. volunt. lib.* 5. *dub.* 4. *num.* 34. Y que bastarà la fama, Marescot. *resolut.* 12. *num.* 40. *lib.* 1. Præt. *vbi supr. nu.* 343. Bald. *cons.* 89. *num.* 5. *volum.* 1. Natta *cons.* 235. *num.* 15. Peregrin. *cons.* 48. *num.* 15. *volum.* 1. Seraphin. *decis.* 1499. *num.* 2. *&* *decis.* 1137. *nu.* 2. Cephal. *cons.* 311. *num.* 19. Y que para la prouança de la identidad basta la opinion del vulgo, lo dixo Raudens. *cons.* 39. *num.* 19. *volum.* 2. y aqui dizen los testigos de oydas de comun opinion de el vulgo, y de fama publica.

18 ¶ Que prueuen las conjecturas, probat Rota Lucens. *decis.* 152. *ad finem*, Decian. *cons.* 17. *num.* 6. *volum.* 3. *&* *cons.* 74. *nu.* 16. *in* 5. Petr. Surd. *decis.* 15. *&* *decis.* 339. *num.* 7. Magon. *decis. Florent.* 2. *num.* 22. Menoch. *cons.* 1207. *num.* 6. Mascard. *de probat. conclus.* 874. *num.* 6. Riccio *collect.* 1344. Pret. *dict. dub.* 4. *num.* 334.

19 ¶ Y las conjecturas que consideran los Doctores son, si resultasse la identidad de los inventarios, *ex l. fin. C. arbitr. tutel.* Bald. *cons.* 89. *num.* 3. *volum.* 1. Peregrin. *cons.* 48. *num.* 5. *volum.* 1. Decian. *cons.* 76. *num.* 8. *&* *cons.* 29. *volum.* 3. Maresc. *dict. resolut.* 12. *nu.* 48. Y en nuestro pleyto consta del inventario, ò tanteo del año de 82.

20 ¶ La segunda conjectura es, si res eo nomine vocetur quo antiquitus, *l. defensores, C. de defensoribus*, Alexand. *cons.* 16. *num.* 3. *volum.* 5. Thusc. *dict. conclus.* 4. *num.* 30. Dom. Valenç. Velazq. *cons.* 77. *num.* 44. *in* 1. Milan. *decis.* 7. *num.* 37. *lib.* 1. Y bien se vè, si oy se llaman las hazas de las Xareas, como en el tanteo de el dicho año, y en otras cuẽtas q̃ esta parte presẽtò en esta instancia, y otras hazas que conservan los nombres del tiempo de los que formaron la compañia, repetidas en

todos

todos los autos del pleyto, y en sus peticiones desde que se començaron, y assi dize Marescot. *dict. resolut. 12. num. 43. & 44. Imò repetita in pluribus instrumentis nominum conformitas satis est.* Y añade: *Maxime si in dictis locis non ostendantur aliæ res, sub eisdem nominibus, cum pluralitas rei de facili non præsumatur, secundum Bald. cons. 267 & cons. 70. lib. 4. Afflict. decis. 23. &c.* Y no se han dado otras hazas que se llamen de las Xarcas, ni del Xaril, ni de los nombres que se contienen en el tanteo, y inventario antiguo, y cuentas vltimamẽte presentadas.

21 ¶ La tercera conjectura que prueua la identidad de los bienes rayzes es, quando los bienes que posseen los herederos, ò sus descendientes estân en sitio, y lugar donde es constante que el testador tuuo, y posseyò bienes, y no consta de auerlos adquirido los herederos, y mas quando no discuerdan en alguna notable qualidad de los que se hallan escritos en su testamento, assi muy a nuestro proposito Hercul. Marescot. *variar. lib. 1. dict. cap. 12. num. 49.* his verbis: *Sexto identitas rei mobilis probatur, si bona per hæredem grauatum, & descendentes hæredis possessa reperantur in loco, in quo apparet similiter testatorem bona possedisse, & non cõstet de aliqua acquisitione hæredum, vel quod ea bona discordent in aliqua notabili qualitate à bonis in testamento descriptis,* vt voluerunt Fulgos. *cons. 145. colum. 2.* vers. *Rursum,* Natta *cons. 235. num. 17.* & alij allegati à Peregrin. *cons. 48. num. 7. & 13. & in tract. de fideicommiss. dict. artic. 44. num. 22.* vbi latissimè id prosequitur, & dicit: *Sic frequenter in iudicijs practicasse, & obtinuisse.*

22 ¶ Y no puedo dexar de poner las palabras de Peregrino en el lugar referido, que aunque las tomò de el Marescoto, parece que para nuestro intento se explica mas bien, y dize assi: *Illud tamen semper verum arbitratus fui, & sic frequenter in iudicijs practicaui, & obtinui, quod facta probatione per scripturam æstimi, aut per alias scriptu-*

 ras

ras testatorem in aliqua villa possedisse agros, & prædia dummodo ex scripturis illi, non appareat de certis confinibus penitus à moderis differẽtibus; si nunc reperiantur hæredes, & descendentes ab hæredibus possidere agros in eo loco, & villa præsumi ea prædia fuisse de bonis illius fide, committentis, nisi per successorem nouus titulus exhibeatur, & sic procedit elegans illud Fulgos. cons. &c. Y cita muchos Doctores con que prueua esta doctrina.

23 ¶ Lugares son estos, y doctrinas bastantes a que se tenga por prouada la identidad de las hazas que en la translacion hecha por doña Vrsula de la Fuente, y su marido se le dieron a doña Geronima Canicia, y las demas que se hallaren cō nombre de la comunidad de los Hurtados, y tanto mas quando concurre la prouança, en que algunos testigos dizen de propia ciencia, y todos de la publica voz, y de oydas, y de la comun opinion en cosa antigua, auer posseydo los que fundaron esta comunidad, y compañia hazas en los mesmos sitios, como consta del tanteo, y inventario hecho por ellos para la diuision, y en cuentas que hizieron para los frutos, que son las que esta parte presentò en esta instancia, no darse nueuo titulo de compra por los herederos, y successores, ni auerse presentado escritura alguna particular por donde conste que tuuiessen hazas, ni tierras, ni otros bienes los que fundaron la comunidad, y compañia.

24 ¶ De que se descubre el agrauio que hizo el Contador en no ponerlas en el cuerpo della, haziendo las diligencias, con citacion de las partes, para que descubriessen que hazas eran desta comunidad, y no les quedassen, despues de tan largo litigio, otros muchos que se pueden esperar, y assi es sin duda, que ay el agrauio propuesto por esta parte, y tenemos por cierto se ha de deshazer.

AGRA-

AGRAVIO SEGVNDO.

25 ESTE en ſuma es dezir, que no ſe pudo diuidir la cuenta de frutos de la diuiſion de las hazas, y bienes exiſtentes, y aſsi que hizo agrauio el Contador, ſupueſto que auia tomado tanta noticia de los papeles, de no ajuſtar la cuẽta de frutos primero.

26 ¶ Aunque inſiſtiendo yo en ambas viſtas de eſte pleyto mas en eſte agrauio que en los demas, parece que ſe hizo menos reparo en el, en mi corto entender es en el que ſe deue hazer mayor, no ſolo por la juſtificacion que tiene conforme a derecho (como procuraré fundar) ſi no porque ſu defenſa ha de influyr en la de los agrauios tercero, quarto, ſeptimo, octauo, dezimo, y juſtificacion de lo determinado en el quinto, y aſsi me auré de dilatar mas en el.

27 ¶ En los breues ſupueſtos que hize al principio dixe, y he repetido deſpues para eſte lugar, que los quatro hermanos que fundaron eſta comunidad, y compañia no entraron en ella, ni cantidad de dinero, ni bienes algunos rayzes, ni de tal conſta por inſtrumento alguno, ſi no vn derecho pactado entre ellos, ſin aſsiento, ni eſcritura, de que los tres auian de lleuar en lo que produxeſſe dos partes, y el otro vna, y aſsi conſtó eſto de la declaracion que Rodrigo de la Fuente hizo, encomẽdada por Iuan de la Fuente ſu hermano, por vna clauſula de ſu teſtamento, con que murió el año de 1580. dos coſas que pudieron hazer muy conforme a derecho. La vna, formar la compañia ſin eſcritura, porque eſta ſe puede hazer ſolo conſenſu, ô ſea vniuerſal de todos los bienes, ô particular de algunos, exerciendo tamen actus ſociales, qui citra ius, & nomen ſocietatis fieri nequeant, quod probatur *ex l. 4. ff. pro ſocio, l. coiri, ff. eodem. l. pro herede, §. Papinianus, ff. de acquir. heredit.* Felic. *de ſociet. cap. 10. à num. 2. & num. 15. & cap. 41. nu. 2. & 3.* & cũ pluribus ſup more Giurb. *ad conſuet.*

Messanens. cap.7. glos.19. part.1. num.7. & 8. La segunda, hazerla super rebus omnibus, quæ adhûc non sunt, sed esse sperantur, vt probaui supra ex Doct. Felicij, & Giurbæ, & aliorum.

28 ¶ Esto supuesto, bien se saca por legitima consequencia, que todos los bienes que oy existen desta comunidad son frutos della, pues ninguno puede dezir esta, ô aquella haza, ô estos, ô aquellos bienes rayzes son capital de mi ascendiente, ac per consequens, que como frutos se ha de diuidir todo, porque si no ay capital, como se ha de hazer diuision de lo que no ay? Y si son todos frutos, como, ô porque se reserva la diuision de frutos?

29 ¶ Pero supongamos, que se tengan por capital desta comunidad todos los bienes rayzes que existen; no es cierto, conforme a derecho, y segun la mas cierta, comun, y seguida opinion, que el instrumento de compañia, etiam guarentigiato, no es exequible, pro capitali contra socium, vel administratorem, aut factorem ante factum calculum, & discusionem, ex quibus constet an ex societate prouenerint lucra, vel damna, & an capitale sit saluum, assi lo dixeron Baldo, Maranta, Vbaldo, Crauета, Tepato, Parladoro, Rota Genuensis, Felicio, Tuscho, Cancerio, Deciano, Cephalo, Gabriel, Caballio, y Barcio en los lugares donde los cita Mario Giurba *ad consuetidines Messanenses, cap.1. glos. 6. part.1. num. 48.* y lo repite en su decision 15. per totam. Y despues del, citandole (aunque no en las costumbres Messanenses, sino en la dicha decision) y a los referidos, y otros que añade, y poniendo las dos opiniones, y teniendo esta por regla, Carleual *de iudicijs, en la 2. part. tit. 3. disputat. 7. à num. 6.* dicens: *Secunda sententia negat, instrumentum publicum guarentigium societatis posse executioni mãdari pro capitali contra socium, vel administratorẽ, aut factorem, ante factum calculum, & discusionẽ, ex quibus constet, an ex societate prouenerint lucra, vel damna, & an capitale sit salvum, &c.* Y vâ citando todos los Autores referidos, añadiendo a Gutierrez,

tierrez, y en Escobar. Y en los numeros siguientes, poniendo los fundamẽtos de esta segunda opiniõ, y despues algunas limitaciones y circunstancias para ajustar con pactos diferentes la assecuracion del capital (que no hazen a nuestro proposito) dize en el num. 24. *Reliquum est, vt satisfaciamus argumentis adductis pro prima sententia, ex num. 3. quatenus contra secundam, QVAM DVXIMVS HABENDAM ESSE PRO REGVLA videbuntur vrgere.*

30 ¶ Pues si conforme a estas doctrinas, que son ciertas, y seguras, por todos los textos y fundamentos que traen todos estos Doctores, y que repite Carleual; no se puede executar por el capital de vna compañia, *ante factum calculum, & discussionem, ex quibus constet, an ex societate proueniant lucra, vel damna, & an capitale sit saluum?* Como se podrà dezir en nuestro caso, en que todo son frutos, y que no consta de liquido y cierto capital, que se pueden executar las cuentas? Y mas en la conformidad que las dispuso el contador, excediendo de lo que mandò la determinacion de la Sala, que solo fue, que se diuidiessen y partiessen los bienes rayzes existentes, segun las porciones que cada vno huuiesse de auer, segun el assiento declarado.

31 ¶ Y si se dixere, que reconociendo el contador los papeles, y cuentas que se auian comẽçado à hazer por Diego de Cuellar, y Luys Suarez Ortiz, en quien el año de 1603. doña Maria de la Torre, viuda de Gonçalo Hurtado, por si, y como tutora de sus hijos, y del dicho su marido, y Rodrigo de la Fuente Hurtado por si, y en nombre de Hernando su hermano de la vna parte, y Luys Hurtado de la Fuente, marido de doña Maria de la Fuente, y Pedro de la Fuente, como hijos de Iuan de la Fuente, auian comprometido el hazer dichas cuẽtas de esta comunidad, y compañia, hasta los años de 94. y 95. auia hallado vna partida en que dizen estos compromissarios, que el dicho Rodrigo de la

 Fuente

Fuente en la liquidacion de el registro parecia que auia pagado mas de lo que cobrò de la hazienda y que despues en dicho registro al fin del año de 83. 3 qs.775U309. marauedis, y que assi desde luego se la dà el contador con calidad, que si de los dichos registros en la cuenta de frutos saliere alcançado en alguna cantidad de marauedis, han de estar afectos a dicho alcance, ò alcances que se hizieren, los bienes que se le adjudicaren, para hazerle pago de esta dicha partida que se baxa del cuerpo de bienes.

32 ¶ Ademas, que en el quarto agrauio se fundarà mas largamente quan conocido lo es auerle dado desde luego a la casa de Rodrigo Hurtado en bienes existentes esta cantidad, para lo que voy prouando, de que no se puede hazer diuision de compañia, ni executarse por el capital, sin liquidarse los frutos, perdidas, ò ganancias. Digo.

33 ¶ Lo primero, que corre esta doctrina de manera, que aunque la dicha partida fuera liquida, clara, y confessada por las partes, adhuc, no se le pudiera adjudicar a la dicha casa de Rodrigo, ni el se puede llamar acreedor, nisi liquidatis integris rationibus, optimè ad nostrum propositum Hect. Capic. Latro *consultationum, tom. 1. consultat. 72. num. 27.* ibi: *Aut vero prætendit, ipsum pro prætenso credito habere obligatos effectus dictæ societatis Alani, & Slani; & hoc casu prius erant discutienda computa inter dictam Samuelem, & dictum Alani per data, & accepta, dicuntur enim indiuidua, & conexa, maximè quando omnia ex eodem negotio proficiscuntur, Ripa in l. admonendi, num. 124. ff. de iur. iurand. & est glos. in l. etiam, §. ex causa, ff. de minor. Curt. iun. cons. 20. Escobar de ratiocin. administrat. cap. 10. sub num. 31. & cap. 13. per totum. Quibus non dispunctis, ac liquidatis integris rationibus, etiam si sint clara, liquida, & confessa, creditor dici non potest, quia executio pro partitis liquidatis, nec etiam fieri posset. Regens Capic. Galeota controuers. 41. num. 8. & 9. lib. 1.*

Lo

34 ¶ Lo segundo, porque quando Rodrigo de la Fuente Hurtado huuiera pagado por los compañeros, ò por vno de ellos la dicha cantidad a qualquiera acreedor de esta comunidad, y compañia, no lo pudiera repetir sin hazerse cuenta entera de toda ella, sic Cardin. Tusc. *lit. S. conclus. 304. num. 7.* ibi: *Extende, quia id quod solvit vnus ex socijs creditori societatis ex obligatione alterius socij, non repetit, nisi calculata ratione sociali integra, Bald. cons. 96. &c.*

35 ¶ Lo tercero, porque es cõstante que el dicho Rodrigo de la Fuente administrò los bienes de esta compañia mucho tiempo, y sin genero de duda quando se dize que puso esta partida, pues se saca de la cuenta que començaron a hazer los compromissarios, los quales dixeron assi: *Que el dicho Rodrigo de la Fuente en la liquidacion de el registro parecia que auia pagado mas de lo que cobrò de la hazienda que se puso en dicho registro al fin del año de 83. 3.qs. 7751309. marauedis.* Luego si el cobraua, y administraua, no puede repetir esta partida, *nisi calculata ratione sociali integra*, para que conste de su liquidacion, que es el modo de prouar lo que excessiuamente mas que los demas huuiere gastado, y tanto mas, porque administrando, se pressume que lo que pagô fue del dinero de la comunidad que el administraua; dixolo todo en semejante caso nouissimamente Anton. Thomato *decis. 132. num. 50.* ibi: *Et quamuis supradicta procedant, quando quantitas ab initio taxata est proportionabilis ad dubium euentum lucri, vt dictum est, hoc tamen non officit in præsenti casu, quia onus probandi excessiuitatem incumbit Flaminio. Purpurat. in l. si pascenda, num. 29. C. de pact. Coccin. dict. decis. 70. num. 5. Quæ excessiuitas tantum abest, vt à Flaminio fuerit probata, quod potius dictum lucrum conventum videtur ab ipso approbatum agnoscendo debitum, quod præsumitur solvisse de pecunijs redactis ex societate, quam ipse administrauit, Decius cõs. 6. n. 2. & 3. Greg. decis. 554. n. 5*

Y si-

36 ¶ Y finalmente para este agrauio buelvo a dezir, que aunque la pretension de doña Vrsula fuera cierta, y liquida, y los tres quentos, y tantas mil marauedis se hallaràn en libro autentico de la compañia, no se pudiera condenar a los herederos de los que la formaron a la paga de la dicha suma, hasta que solidamente las cuentas de la compañia se fenezcan. De modo, que indubitablemente se pueda conocer quien de los compañeros queda acreedor, ò deudor, ita in termini Farinac. *decis. 321. num. 4. in posthumis, tom. 1.* ibi: *Non obstat, quod iste liber sit socialis, qui continet rationes hinc inde reddendas, & consequenter creditum Bonfilij quod est liquidum, & certum ex causa, exactionis pretij frumenti, & probatur per appocham, non sit compensandum cum debitis illius societatis, in qua etiam Bonfilius prætendit remanere creditor, vt retulit peritus pro illius parte electus, fuit etiam responsum dictum librum non esse socialem, & propterea vice versa Bonfilium non posse contra partitas, ibi descriptas ad suum debitum contraponere debitum sociale,* Bart. & alij *in l. eius, C. de compensat.* Rota Ianuen. *decis. 26. num. 3. &c. De inde, quod attinet ad rationes societatis, apparet alios duos peritos totum negotium viderunt, creasse debitorem Bonfilium in magna, & notabili summa, vnde concludebant Domini creditum Bonfilij fuisse solutum, & in omnem euentum, quatenus etiam dictus liber Capraræ contineret negotium societatis, non fuisse tamen condemnandos hæredes dicti Capraræ ad solutionem prædictæ summæ, donec solidarentur rationes societatis, ita vt cognosci indubitanter possit, quis remaneat creditor, vel debitor, & ita fuit conclusum, &c.*

37 ¶ Pues que determinara la Rota Romana en nuestro caso, adonde ni la deuda consta de libro autentico social, ni de instrumento publico, si no de vnas cuentas començadas a hazer por vnos arbitradores que nombraron las partes, que no tuuieron efecto, ni llegaron a sentenciarse, y

que

que despues se prosiguiò la comunidad, y compañia, sin diuision, ni particion final, como consta de los autos, supuesto que fue este compromisso en nueue de Agosto de 1595. y oy no està hecha la cuenta, ni la diuision.

38 ¶ Y assi por todas las razones, y doctrinas referidas no es possible hazerse la cuenta, ni darse justa satisfacion a las partes del modo que la hizo el Contador, y tanto mas, siendo todo lo que contiene la hazienda en esta compañia frutos, y que quando no lo fueran, si no que las hazas que oy existen fueran capital, y que la deuda de vno de los compañeros fuera liquida, y cierta, y constara de libro social, ò instrumento publico, no le podia cobrar de los bienes, hasta que *rationes solidarentur, ita vt cognosci indubitanter possit, quis remaneat creditor, vel debitor*. De que resulta este segũdo agrauio, que esperamos se ha de deshazer, mandando, que en caso de hazerse la diuision (por aora) sea de las hazas solamente, dando a cada vno la porcion de ellas conforme a la que tiene en la cõpañia, que a nuestro parecer fue lo que contienen las sentencias de vista, y reuista, y si se hiziera cuenta a parte de frutos, en ella con mayor conocimiẽto de causa se propondràn las pretensiones de cada vna de las partes, y de otra manera es confundir las vnas y otras cuentas, y resultar desigualdad en las porciones que cada vno ha de lleuar.

AGRAVIO TERCERO.

39 PRopone este agrauio doña Francisca de Alcaraz, diziendo, que lo es no auer hecho cargo a doña Maria Hurtado de la Fuente, muger de don Luys de Paz, de quatro mil ducados que en diferentes vezes y partidas se le hã dado de entretantos, y dizẽ, que no puede auer fundamento para que esta partida no se restituya luego, difiriendola para la cuenta de frutos (*si por algũ medio, ò fundamento juridico huuiesse de auer otra*

 cuen-

cuenta) por ser partida liquida, y que no necessita de ajusto, y fuera hazerla litigiosa el contador, y no ay razon paraque no haziendose cargo de cosa tan considerable, se le adjudiquen bienes por entero, como si no huuieran recebido de frutos y entretã-tos cantidad alguna, y que en esto se diera vna desigualdad grande, obligando a el que no ha tenido vtilidad en la hazienda, a que aya de esperar muchos años a que se le buelvan los bienes que los que han recebido entretantos huuieren lleuado, defraudando los bienes que en el medio tiempo percibieron.

40 ¶ Este agrauio que la dicha doña Frãcisca propone, assi contra esta parte, como contra doña Vrsola, que se le han dado mil ducados de entretantos, y doña Francisca Hurtado, a quien se le han dado 1U600. contiene dos partes, en que ay diuersas consideraciones.

41 ¶ La primera es dezir, que ha de ser luego la restitucion. La segunda, *que no ay algun medio, ò fundamento juridico de hazer otra cuenta.*

42 ¶ En quanto a esta segunda parte tiene el agrauio todos los fundamentos que quedan comprouados en el agrauio segundo, en que fundê, que no se podian diuidir las cuentas, sino que auia de ser toda vna cuenta, la de los bienes existẽtes, y sus frutos, porque de otra manera no podria auer igualdad, y assi haziendose cuenta de todo, es el agrauio propuesto por la dicha doña Francisca de Alcaraz sin duda alguna, y entonces muy justo que a esta parte por quien escriuo se le haga cargo de lo que huuiere lleuado de entretantos, y lo mismo a doña Vrsola, y a doña Francisca; pero en quãto la primera parte, donde se pide desde luego la restitucion, diuidiendose la cuenta (haziendose otra de frutos) no corre el agrauio propuesto, ni la determinacion que sobre el huuo en vista, en que se mandô, que desde luego se buelvan los entretãtos recebidos, por los fundamentos siguientes.

Lo

43 ¶ Lo primero, por la misma conside-racion que la dicha doña Francisca haze en la pro-posicion del agrauio, diziendo: *Y en ello se diera vna desigualdad muy grande, obligando al que no ha te nido conveniencia, ni vtilidad en la hazienda, à que aya de esperar muchos años a que se le buelvan los bienes que las partes contrarias recibieren, &c.* Porque ya se vê quan penoso es auer de restituyr de vna vez quatro mil ducados que se recibieron en el discurso de tantos años en partidas menudas, y estos de los frutos de la hazienda, por mano de los administradores, que aunque la Sala los mandasse dar, costaria mucho trabajo, y dineros el llegarlos a cobrar, y que quando entendian los que los recibieron que de tanta hazienda tenian, minutatim, algun socorro, que lo consumieron, vengan aora a rendirlo todo junto.

44 ¶ El segundo, que auiendose dado estos entretantos de los frutos, de su misma hazienda, de que se pretende ha de auer despues otra cuẽta, en la qual (segun los años dilatados que sin prouecho suyo han procedido tantos frutos) han de percebir mayores cantidades que los entretantos, desde luego se les quiten vna, ò mas hazas, y las possean otros compañeros fructificandoles, que es lo mismo que contiene el agrauio, propuniendo, *que ha de esperar muchos años a que se le buelvan los bienes que las partes contrarias recibieron*. Y assi deue correr esta misma razon que considera quien propone el agrauio con esta que le defiẽde, en caso que aya de ser distinta la cuenta de frutos.

45 ¶ El tercero, porque con la suposiciõ que aya de auer otra cuenta sobre los frutos, claro està que el juyzio de la diuision de esta compañia queda pendiente, y no se aurà visto que, adhùc pendente lite, se aya determinado, que aquel a quien se ayan dado entretantos, los restituya.

46 ¶ La question que disputan los Doctores es, si aquel a quien se le dieron entretantos, ò litis expensas, debeat ea si succumbat restituere, si

vicerit

vicerit compensare; vt videre est apud Petr. Surd. *de alimentis, tit. 1. quæst. 124.* que largamente lo disputa, præsertim *à num. 4.* diziendo: *Quæ neque imputanda, neque restituenda*, quod extollit Dom. Ioan. del Castillo contra el señor Presidente Couarruvias *lib. 3. cap. 27. num. 71.* y con muchos Autores Gabriel Alvarez de Velasco *de priuileg. pauper. part. 1. quæst. 39. à num. 62.* Pero que pendente lite ayan de restituyrse los entretantos no ha podido hallar mi diligencia, ni mi estudio Autor que lo diga.

47 ¶ Antes bien pendiente el juyzio vniuersal de la diuision vniuersal de la compañia, no solo de los bienes existentes, sino de los frutos, que (segun los fundamentos del agrauio segundo) no es possible separarse sin que resulte desigualdad, y se ocasionen pleytos que tengan fin, les compete retencion, y manutencion a los que los han percebido, dizelo elegantemente Ludouic. Postio *de manutent. observat. 8. à num. 27. cum seqq.* Y no solo pendiente el juyzio de la discusion, y separacion de los bienes, sino pendiente qualquiera juyzio vniuersal (como este lo es) las palabras de Postio son estas: *Atque rursus conceditur manutentio pendente iudicio super discusione, & separatione bonorum, Cencio de censibus, &c.* Et inferius, ibi: *Ac pendente iudicio super diuisione, Rota in Romana diuisionis de Antolinis, coram Vbaldo seniore post tractat. decis. 476. num. 3. Provt hoc iudicium non silet quolibet alio iudicio vniuersali pendente, Marches. de commiss. app. in posses. fol. 931. num. 72. Vt etiam, si vnus ex creditoribus prætendat se anteriorem, & possessorem, & sic excludere alium, & ille sit in possessione, vel quasi, donec super eius anterioritate discuciatur, non est possessor priuandus sua possessione, vel quasi, sed est in ea manutenendus, Gratian. disceptat. forens. cap. 948. num. 10. & 11.*

48 ¶ Y es para prouar este intento muy de nuestro caso la decision que alega Postio en el lugar referido, que es la 473. de las que trae despues de

de su tratado de *manutentione*, en la qual, tratandose de la diuision viuersal de vna compañia que tenian vnos hermanos, vno dellos pretendia que otro de sus hermanos le pagasse vna partida de trigo. Oponia este el juyzio vniuersal de la diuision, y queria retenerla, y respondió la Rota Romana, que auia de correr contra el la execucion que estaua mandada hazer, no porque el juyzio vniuersal de la diuision no le conseruasse en la possessión deste trigo, y le diesse manutencion, pendente iudicio diuisionis, sino porque era entre ellos solamente el contracto, y solo a aquel hermano pertenecia el interesse del trigo, porque si tocara a toda la compañia, sin duda se le concediera la manutencion, pendente iudicio vniuersali diuisionis, y alsi dize la Rota *in dict. sua decisione, num. 3. Nec videtur subsistere, quod mandati relaxatio pendeat ab vniuersali discusione in causa diuisionis omnium bonorum commissa in Rota inter omnes fratres, quod, & apparere videtur ex monitorio pro parte Alexandri, & Faluij, in quo Andræam, & Ioannem Baptistam fratres probocant ad diuisionem bonorum communium, nec non frumenti de quo agitur. Quia placuit responsio, quod licèt fuerit commissa causa in vniuersali iudicio diuisionis omnium, & vnde cumque pœnes fratres extantium, in qua causa habent interesse omnes fratres, & ideò emanauit monitorium de quo supra, tamen Alexander relicto in suspenso dicto iudicio vniuersali, bene potuit prosequi iudicium possessorium super dicto frumento, in quo ipse solus habebat, & habet interesse cum Andræa propter instrumentum conductionis ab Alexandro celebrato pro se, & fratribus, sed ab Andræa tantum ratificato, vt dicitur in decisione, bene faciunt notata per Barbat. in l. si quis libertatem, ff. de petit. hæredit. & per Lancellot. de attent. cap. 4. limit. 26. & seqq.* Luego aqui, que el interes de la restitucion de los entretantos es comun de toda la compañia, quedando pendiente el juyzio de la diuision de los frutos, que (si se haze) es

adonde

adonde se ha de afinar, dando con igualdad a cada vno lo que justamente le toca, y que no es de vn solo compañero el interes, bien se pretende la retencion, y manutencion destos entretantos, hasta que se ayan acabado las cuentas, y el juyzio dellas?

49 ¶ Ademas, que teniendo esta parte (como la tiene sin duda) accion a lo que resultare de la cuenta de frutos, y en mayor cantidad que los demas participes, pues tiene quatro partes, como quien representa dos de los hermanos que formaron la compañia (como se vê en el arbol) mas facilmente se deue conceder la restitucion, *cui enim datur actio longè facilius cõceditur retentio, l. Paulus, ff. de dol. except. l. 1. §. si autem cuius, ff. de superfic. l. invitus, §. cui damnum ff. de regul. iur. cap. qui ad agendum, eodem tit. in 6. l. per retentionem, C. de vsuris*, conclusion que prueua Mario Giuiba con veynte y nueue Doctores, *decis. 60. num. 5.* y esto aunque no estè lo que ha de auer liquido, Ioan. Bapt. Costa *de rat. ratæ. quæst. 58. 2.* ex Gram. *decis. 58. num. 12. & decis. 92. num. 20.*

50 ¶ Y es tan fauorable la excepcion de retencion, que aunque la ley, ò el estatuto prohiba las excepciones, no se entiende prohibida la de retencion, Bald. *in l. si traditi, 3. quæst. C. de act. empt.* Barcius *decis. 108. num. 43.* Peregr. *cons. 4. sub nu. 16. volum. 2.* & restatur Boer. *esse communem decis. 43. num. 15. & 16.* Y de tal modo, que quamuis excludatur petitio, non excluditur retentio, *l. debitori*, vbi Bald. *& reliqui, C. de pact.* idem Bald. *in l. 2. notabil. 3. C. de fideiussor.* Cæsar Barcius *dict. decis. 108. num. 38.* Muscatel. *de appellat. part. 3. glos. adiudicantur, num. 69.* Ioan. Baptist. Cost. *de scient. & ignor. cap. 2. distinct. 27. num. 13.* Capicio *decis. 89. num. 1. & decis. 119. num. 8.* vbi eius Additionator. *num. 2.* Cardin. Tusch. *tom. 3. litter. E. conclus. 274. num. 28.* Y es mas fauorable que la compensacion, y assi quando a esta parte se le negasse la compensacion en lo que ha de auer de frutos, no se le puede negar la retencion, Crauet. *cons. 893. n. 7.*

Barc.

Barc. *dict. decis. 108. num. 43.* Binius *cons. 209. nu. 9. tom. 3.* no obstante que la retencion se diga que es especie de compensacion, vt probant Abb. *in cap. 2. num. 12. de depos.* Roland. *cons. 28. num. 3. volum. 4.* Fabr. de Anna. *cons. 101. num. 6.* Y assi con mucha razon dixo Cephal. en el *cons. 299. nu. 34.* que no se da argumento de peticion a retencion, y en las causas mas executiuas se admite la retenciõ, porque esta no impugna, ni el instrumento, ni la sentencia, Bald. *in l. peremptorias, num. 12. C. quæ sent. rescind. non possess.* Crauet. *cons. 148. num. 2.* Menoch. *de recept. possess. rem. 11. num. 9.* Surd. *277. num. 14.* Y assi aunque esta parte no tiene mas accion que a pedir, que se acaben, y liquiden, integraliter, las cuentas de esta compañia, tiene la excepcion para retener los entretantos que le han dado de sus mesmos frutos, mientras no se liquidare si le tocan; que no es nueuo, si no muy conforme a derecho, que al que no se le dâ accion, se le dê excepcion, y mas quando esta prouiene del mesmo contracto de la comunidad, y compañia, Bart. *in l. 1. §. parui, ff. quod vi, aut clam.* Bald. *in Auth. præsente, C. de fideiussor. & in l. peremptorias, C. quæ sent. rescin. non poss.* Roder. Suarez *in l. post rem iudicatam, §. sed pro euidentia, num. 83. ff. de re iudic.* Parlad. *lib. 2. rer. quotid. cap. fin. part. 5. §. 11. num. 26. & 27.* Cancer. *lib. 1. resolut. cap. 18. de except. num. 23. & lib. 2. resolut. cap. 3. de instrument. guarentig. num. 81.*

51 ¶ De que resulta, que no ay razon por donde se le pueda obligar a esta parte a que buelva desde luego estos entretantos, quitandoselos en tierras que le estên frutificando a quien en ellas los lleuare, aguardando esta parte la cuenta de los frutos, que serâ tan dilatada como lo ha sido este pleyto, y consiguientemente, que fue agrauio mandarlos bolver.

AGRA-

52 ESTE le proponen esta parte, y los demas que litigan contra la casa de Rodrigo Hurtado, y doña Vrsula de la Fuente Hurtado que le representa, y consiste en auer el Contador baxado del cuerpo de bienes, y adjudicado a esta casa 3.qs.757U309. marauedis, sin auer para ello justificacion alguna de hecho, ni de derecho.

53 ¶ De hecho, porque la razon que pudo mouer al Contador para dar esta partida à la casa de Rodrigo fue el compromisso que en nueue de Agosto de 1595. hizieron, y otorgaron en el Licenciado Diego de Ribera, Abogado que fue desta Real Chancilleria, Rodrigo de la Fuente Hurtado, por si, y por Fernando Hurtado su hermano, y por las hijas de Gonçalo Hurtado, difunto (tres de los que formaron la comunidad, y compañia) de la vna parte, y de la otra Luys Hurtado, como marido, y conjunta persona de doña Maria Hurtado, y por Pedro de la Fuente, y doña Elvira, y Geronimo Hurtado, todos hijos de Iuan de la Fuente (otro de los quatro hermanos que formaron la dicha compañia) el qual compromisso fue con las calidades, y condiciones que se contienen en el dicho compromisso, que se refieren en el memorial de este pleyto, desde el fol. 7. que vna dellas fue, que las cuentas las han de poder hazer las personas que cada vno nombrare, con que no sea pariente dentro del quarto grado, salvo si de conformidad quisieren hazerlas con otras personas, y que este nombramiento le auian de hazer dentro de ocho dias, y acabar las cuentas dentro de tres meses de la notificacion, y que si no las hiziessen, el dicho Licenciado Diego de Ribera pudiesse nombrar persona que hiziesse dichas cuentas.

54 ¶ Y auer hallado, que en las cuentas que començaron a hazer Luys Suarez Ortiz, Contador nombrado por Rodrigo de la Fuente, y Fernando

nando Hurtado de la Fuente, y Diego de Cuellar, Contador, por Luys Hurtado, marido de doña Maria de la Fuente, por si, y como tutor, y curador de Geronimo, y doña Elvira de la Fuente sus hermanos, y Contador, assimismo nombrado por doña Maria de la Torre, viuda de Gonçalo Hurtado de la Fuente, como tutora, y curadora de doña Beatriz Hurtado su hija, y assimismo nombrado por el dicho Luys Hurtado de la Fuente por lo que le tocaua, como hijo, y heredero de Gonçalo Hurtado su padre, y que prosiguieron los dichos Contadores en los años siguientes, hasta veynte y siete de Iunio de 1606. proueyeron auto, en que dixeron.

55 ¶ Que ellos han hecho la aueriguacion de los bienes, y hazienda que los dichos participes, y compañeros tienen del registro, y inuentario que se hizo por el año passado de 82. y parece q̃ queda por hazienda de los dichos compañeros los bienes rayzes, y ingenios de moler açucar, y hazas que tienen en la Costa desta ciudad, y otras cosas, y han hallado que queda por puesto liquido 8. qs. 99U603. de participacion hecha por los dichos Rodrigo de la Fuente, y Gonçalo Hurtado, y consortes ante Marcos Roxo, escriuano de su Magestad, q̃ dizen está presentada en estas cuentas al pie de dicho registro del año de 82. en esta manera. De siete partes las dos, a los hijos, y herederos de Iuan de la Fuente Hurtado, que montan 2. qs. 314U172. mis. Y a los hijos, y herederos de Gonçalo Hurtado de la Fuente otra tanta cantidad, por razon de otras dos septimas partes que tienen en la dicha hazienda. Y a Rodrigo de la Fuente Hurtado otra tanta cantidad, por razon de otras dos septimas partes que tiene en la dicha hazienda. Y a Fernando Hurtado de la Fuente, vn quento 157U86. marauedis, por razõ de vna septima parte que tiene en la dicha hazienda, y los 7. qs. 56U862. mis. restantes quedan para las personas que están declaradas, para que los gozen cada vno la parte que le toca, y pertenece conforme a las declaraciones que los dichos Contadores

tienen hechas en estas cuentas en siete de Diziembre del año passado de 605. que se refieren.

56 ¶ Esto en este estado, hallô tambien el Contador que hizo estas presentes cuentas, de q̃ resultan los agrauios en que escriuo, que Rodrigo de la Fuente en veynte y nueue de Abril de 608. presentò peticion ante el Alcalde mayor desta ciudad, en que haziendo relacion, que los Contadores en las cuentas que auian hecho hasta veynte y siete de Iunio de 606. le adjudicaron por autos, y sentencias arbitrarias vn quento 966U. ms. por razon que los tenia en dicha hazienda mas de el puesto, y principal desde el año de 49. en cuenta de la fiança que hizo a Francisco de Mesa.

57 ¶ Y tambien 21U462. marauedis por otros tantos que dize se deuian a doña Vrsola de Herrera su muger.

58 ¶ Y mas vn quẽto 769U847. ms. a cuẽta de 3. qs. 485U354. ms. que puso demas de lo que cobrò, en el gasto que (dize) hizo en dicha hazienda hasta el año de 83. y de lo que cobrò de la que se puso en registro, ê inventario hasta dicho año.

59 ¶ Y juntamente con lo referido 2. qs. 314U172. ms. de las dos septimas partes que le pertenecian en dicha hazienda de los 8. qs. 99U603. que declaran quedar de hazienda de puesto principal para todos los compañeros, que sumado importauan 6. qs. 71U481. ms. y pidiò se executassen dichas cuentas, y se le diesse possessión de los bienes del inventario, y cuenta por dicha cantidad, sin perjuyzio de su derecho en quanto a sus pretensiones, y partidas que le estauan reservadas por dichas cuẽtas, y le fuessen deuidas.

60 ¶ Con lo qual el Doctor Antequera, Alcalde mayor que fue desta ciudad, en veynte y nueue de Abril de 1608. mandò, que a Rodrigo de la Fuente se le diesse la possession pro indiuiso de los dichos bienes, sin perjuyzio de tercero, y para ello se despachasse requisitoria insertos los dichos autos.

Despa-

61 ¶ Despachosele requisitoria, y en su virtud se le diò la possession en siete de Iunio de 1608. de las hazas contenidas en el inventario, y despues en dos de Iunio del dicho año se mandô se le diesse el amparo. Vease el memorial desde el fol. 28. buelta.

62 ¶ Esto fue lo que pudo mouer a nuestro Contador para que en la cuenta que hizo para diuidir las hazas de la comunidad en el numer. 56. de su cuenta (aqui solicito a V. m. la atencion, porq̃ es donde consiste el agrauio.)

63 ¶ Item, se baxan del cuerpo de bienes comunes, que ha de auer precipues la casa, y herederos de Rodrigo Hurtado de la Fuente, y sus sucessores en ella, *en conformidad de los ajustos de cuẽtas, hechos entre las partes, de los frutos de la haziendа de dicha compañia*, hasta quatro de Iunio del año de 606. segun parece de la pieça, que se intitula de cuentas de Rodrigo de la Fuente, a fojas 101. la qual cantidad se le hizo buena en las dichas cuentas, y abanços, en esta manera.

64 ¶ Primeramente a dicho Rodrigo de la Fuente, que tenia mas en la hazienda de la comunidad por cuenta de la fiança que hizo a Francisco de Messa del puesto principal desde el año de 584. vn quento 966U000.

65 ¶ Item, que se le deuian a doña Vrsola de Herrera de vna deuda suelta por los participes 21U462. marauedis.

66 ¶ Item se hizieron buenos a el dicho Rodrigo de la Fuente, por razon de que en las dichas cuentas de la liquidacion del registro pareciò que el susodicho auia pagado mas de lo que cobrò de la hazienda que se puso en dicho registro a fin de dicho año de 83. 3. qs. 485U954. ms. y de la dicha cantidad en dichas cuentas solamente se le auian hecho buenos vn quento 769U847. ms. que parece fue lo que auia montado mas de lo que auia cobrado el susodicho de la dicha hazienda, lo qual auia sido menester gastar en dicha hazienda para dichas

cose-

cosechas de los años de 82. y 83. contenidas en dicho registro.

67 ¶ Que las dichas partidas importã los dichos 3.qs.757U309.ms. *las quales se le hazen buenos en su hijuela a la casa del dicho Rodrigo Hurtado, con calidad, que si de los dichos registros en la cuẽta de frutos saliere alcançado en alguna cantidad de marauedis, han de estar afectos a dicho alcance, o alcances que se le hizieren, los bienes que se le adjudicaren para hazerle pago desta dicha partida que se baxa del cuerpo de bienes.*

68 ¶ Hizo buenos (en conformidad de lo referido, este Contador a la casa de Rodrigo Hurtado de la Fuente en el numero 90. de sus cuentas los 3.qs.757U309.ms. dandoselos, y adjudicandoselos mas que a los demas participes en las mejores, y mas valiosas hazas de la compañia.

69 ¶ Lo qual supuesto, quien no vê el agrauio, y que no tuuo justificacion alguna en el hecho, quod patet ex seqq.

70 ¶ Lo primero, porque faltò a lo que le mandò la determinacion de los autos, que fue lo que queda ponderado en el numer. 2. deste papel, que fue, partiesse, y diuidiesse las hazas que desta comunidad se hallassen existentes, apeandolas, midiẽdolas, y tassandolas, dando a cada vno de los participes la cantidad que les correspondiesse, segun la declaracion de Rodrigo Hurtado, encomendada, y fiada a su justificacion por Iuan de la Fuente su hermano por su testamento. Luego faltò a este hecho, y excediò del mandato, buscando cuentas, ni acabadas, ni perfectas, ni aprouadas, para darle a la casa de Rodrigo los 3.qs.757U309. ms. mas que a los demas en hazas existentes?

71 ¶ Y esto con vna contradicion bien digna de reparo, pues auiendose supuesto, que ha de auer otra cuenta de frutos, como precisamente se dize la ha de hazer. Quando motiua, porque le da a esta casa toda esta cantidad, prçcipuê, dize estas formales palabras, que refiere en el num.

Item,

Item, se baxan del cuerpo de bienes comunes que ha de auer precipuos la casa y herederos de Rodrigo Hurtado de la Fuente, y sus sucessores en ella, *en conformidad de los ajustos de cuentas fechos entre las partes de los FRVTOS de la hazienda de la compañia, &c.* Y và refiriendo las partidas que dize suman los 3.qs.757U309.marauedis. Y acaba diziendo. Las quales se hazen buenas en su hijuela a la casa de Rodrigo Hurtado, *con calidad, que si de los dichos registros en la cuenta de frutos saliere alcançado en alguna cantidad de marauedis, han de estar afectos a dicho alcance, ò alcances que se hizieren los bienes que se le adjudicaren para hazerle pago de esta partida que se baxa del cuerpo de bienes.*

72 ¶ Pues si dize este contador, que le dà la dicha cantidad precipua en conformidad de los ajustos de cuentas fechos entre las partes *de los FRVTOS de la hazienda de la compañia,* como se los dà luego precipuos en hazas existentes, sin aguardar a la cuenta de frutos? Y no les dà luego a los demas participes cosa alguna por cuenta de frutos? Auiendo en essos mismos registros y cuentas (que le mouieron a dar a la casa de Rodrigo toda essa cantidad) 8. qs. 99U603. marauedis partibles entre todos los participes, de que en la peticiō que diò el mismo Rodrigo ante el Doctor Antequera, Alcalde mayor de esta ciudad, pide se le den sus dos septimas partes, y por esto se le mandò dar por este Alcalde la possession pro indiuiso, y despues el amparo, bien se reconoce la contradicion, y que este contador quiso fauorecer la casa de Rodrigo, dandole desde luego frutos y hazas que frutificassen, y las mejores, y que los demas aguardassen a otra cuenta que se puede temer serà tan dilatada como las de hasta aqui, y que ignorò, ò quiso desentenderse del hecho.

73 ¶ Porque si viò los autos, no pudo ignorar que las dichas cuentas no estauan acabadas, ni aprouadas, y que auiendo de ser desde prin-

cipio del año de 82. hasta el de 95. que eran catorze años, solo presentò el dicho Rodrigo Hurtado vna cuenta de dos años, y assi en diez y siete de Iulio de 610. Luys Hurtado de la Fuente, y Diego de la Fuente, haziendo relacion de la requisitoria despachada al dicho Rodrigo Hurtado de possession y amparo que tomò el año de 608. dieron peticion ante el dicho Alcalde mayor, representando las dichas razones, y otras que constã de ella, que està en el memorial fol. 29. buelta, con la qual se mandò despachar requisitoria para que la de possession, y amparo, y los autos de su cumplimiẽto que se auia despachado al dicho Rodrigo Hurtado, la justicia de Motril los remitiesse originales, con la qual el susodicho, ni sus sucessores no prosiguieron en esta possession, antes despues se pusieron en administraciõ en diuersos administradores hasta oy, y fueron desposseydos todos por el Licenciado don Alõso de Coca Ortuno, Relator de este pleyto.

74 ¶ Luego no pudo el cõtador mouerse por estos registros, ni cuentas no acabadas por los contadores nombrados, no confirmadas por los arbitros, ni por el tercero en discordia, ni consentidas por las partes, mouerse a lo que, ni fue de su comission, ni le mandò la Sala, ni aun lo consultò con ella, a dar a la casa de Rodrigo tanta cantidad en hazas existentes, de frutos no liquidados, y quando de ellos se supone ha de auer otra cuenta, y ningunos a los demas participes, quãdo auia por essas mismas cuentas ocho quentos y tantas mil marauedis, y consiguientemente fue ignorar, ò no querer atender al verdadero hecho.

75 ¶ En quanto a el derecho ay menos justificacion, porque siendo assi que no ay cuentas algunas ajustadas de esta compañia, ni capital cierto de cada vno de los que la formaron, y que quando no se juzgue, todo lo que oy existe en ella por frutos se ha de juzgar por capital tratandose de diuidir oy, como es possible, conforme a derecho, que se le dê a ninguno de los consocios parte alguna

alguna de este capital? *Ante factum calculum, & discussionem, ex quibus constet, an ex societate prouenniant lucra, vel damna, & an capitale sit salvum?* Que es lo que dezia Carleual de *iudicijs, 2. part. tit. 9. disput. 7. à num. 6.* con los demas fundamentos que puse en el agrauio segundo de este papel, adonde me remiti a este agrauio quarto, que suplico a V.m. buelva a ver, præcipuê desde el num. 29. con los siguientes, hasta el num. 37.

76 ¶ Y assi es cierto que el contador hizo agrauio a esta parte, y demas participes en dar precipuos a la casa de Rodrigo Hurtado de la Fuente los 3. qs. 757U309. marauedis.

77 ¶ Vltimamente, para mayor conuẽcimiento de este contador, y que conste con euidencia de este agrauio, y que en el ay cosa juzgada contra la casa de Rodrigo Hurtado, y doña Vrsola de la Fuente Hurtado que la representa, es necessario suponer por hecho cierto, *como consta del memorial desde el fol. 14. hasta donde està numerado el fol. 17. donde està la sentencia de reuista vltima de este pleyto*, que auiendose seguido pleyto en esta Chancilleria, que tuuo principio de pedimiento de Santa Cruz la Real por cabeça de doña Elvira Hurtado, que mandò por su testamento mil ducados, para que de su renta se celebrasse la fiesta de el Santissimo Sacramento en cada vn año en el dicho Convento, y en el remanente instituyò por su heredera a doña Maria Hurtado, muger de don Luys de Paz, por quien escriuo, en el qual se hizieron diferentes autos, y entre ellos se mandaron poner en administracion los bienes de la comunidad, y se nõbrò por administrador a Bernardo de Aguayo el año passado de 1629. y por el administrò Fernando de la Peña Palacios, y sucediò en esta administracion Alonso de Valençuela, y despues don Lorenço del Castillo.

78 ¶ Este administrador en 28. de Iulio de 643. procediò contra los participes a la verificacion de los bienes de la comunidad, y en parti-

cular

cular contra don Manuel Corbera, marido de doña Vrsola de la Fuente, y doña Maria de la Fuente, y Luys Hurtado de la Fuente, y con los arrendadores de las hazas de la dicha doña Vrsola, y doña Maria de la Fuente, y para sustanciar este juyzio nombrô defensor, y con parecer de el Licenciado don Luys Tadeo del Burgo, a quien nombrô por su assessor, pronunciô sentencia, por la qual reuocò ciertas execuciones hechas a ciertos arrendadores de hazas, y mandô desembargar ciertos marauedis, y que se bolviessen a la dicha doña Maria de la Fuẽte las hazas que vâ nombrando, reservando su derecho a la comunidad, para que por via ordinaria siguiessen su justicia sobre pretender que las hazas eran de la comunidad, dando fianças la dicha doña Maria para si fuesse reuocada, bolver la cantidad que se le desembarga, ò lo que de ella huuiesse cobrado.

79 ¶ Pronunciô assimismo sentencia de remate contra el dicho Luys Hurtado de la Fuente, y don Ambrosio Esquarçafigo por 1830. reales de la renta de vn año que cumpliò primero de Março de 644. pronunciada en 21. de Mayo del mismo año.

80 ¶ El defensor apelò de esta sentencia por no auer pronunciado remate contra la dicha doña Maria de la Fuente, y sus arrendadores.

81 ¶ Auiendose sustanciado, en esta Audiencia se pronunciô sentencia, por la qual se cõfirmô a la letra la que diô el dicho dõ Lorenço del Castillo administrador con parecer de el dicho su assessor.

82 ¶ De esta sentencia suplicò don Luys de Paz por cabeça de su muger, y doña Francisca Hurtado, viuda de don Ioseph de Alcaraz por si, y por doña Maria de Alcaraz menor, su hija menor, y se pronunciaron las sentencias de vista y reuista de que nacieron estas vltimas cuentas, y los agrauios a que escriuo.

83 ¶ La de vista, que confirma la del dicho

cho Lorenço del Castillo, con que la restitucion de las hazas sea por aora, y que las fianças sean y se entiendan de que la dicha doña Maria de la Fuente aya de restituyr las hazas con los frutos no perteneciendole. Y en quanto por la dicha sentencia del dicho don Lorenço deel Castillo se manda ron restituyr las hazas que se vàn nombrando por sus nõbres, sitios, y cantidad de marjales, atento los nueuos autos se reuocô, y se reservô a las partes su derecho para en quanto a ellas, y demas contenidas en esta sentencia, y sus frutos, pidan, y sigan su justicia, assi en possession, como en propriedad, ante quien vieren les convenga. Y assimismo se mandò, que los autos de este pleyto se lleuassen al contador a quien estuuiesse repartido, para que en execucion de los autos proueydos haga la cuẽta y particion que està mandada hazer de las dichas hazas de la compañia, assi las inventariadas el año de 81. como las demas que despues acà pareciesse auerse aumentado, ante quien las partes presenten los titulos y demas recados que les conviniere; y que para mayor claridad se hagan apear, medir, tassar, y valuar conforme a los inventarios por tassadores y medidores que las partes nombren, y tercero en caso de discordia. Y que fecho lo susodicho, el contador haga diuision y adjudicacion conforme a la parte que cada vno huuiere de auer por cabeça de los quatro hermanos, guardando lo dispuesto por el testamento de Iuan de la Fuente, y declaraciones de Rodrigo Hurtado su hermano, y sin costas.

84 ¶ Doña Maria de la Fuente, y doña Vrsola Hurtado de la Fuente, muger que fue del Licenciado don Manuel de Corbera, y sobrina de la dicha doña Maria, entrò haziendo relacion del pleyto, y dixo de nulidad de todos los autos y sentencias, pretendiendo auerse seguido sin parte, por ser ella la posseedora de las hazas que và refiriendo, porque don Manuel de Corbera no era parte para seguir dicho pleyto, y alegando de su justicia contra las determinaciones; pidiendo se declarassen

por ningunas, y que quien pretendiò eſſe derecho lo ſuſtanciaſſe con ella. Y quando ſe huuieſſe de tratar de lo principal, de que ſe declaraſſe no deuerſe hazer cuentas ni particion de las dichas hazas que tenia, y poſſeia, ni de ninguna de ellas, y auerlas poſſeydo mas tiempo de quarenta años. *Y que ante todas coſas ſe executaſſe el compromiſſo de Luys SuareZ OrtiZ, y Diego de Cuellar. Y ſe le haga pago de los 3.qs.7571ſ309. marauedis, con los intereſſes, el qual ſe haga en las haZas que ſe adminiſtran por de comunidad, y de todas las cantidades deducidas en ſu peticion, condenando en reſtitucion a las partes, que ſiendo neceſſario apelaua de los autos hechos por don Lorenço del Caſtillo, y ſuplicaua de todos los autos y ſentencias ſin cauſar inſtancia.*

85 ¶ Eſtas vltimas palabras de eſta alegacion de doña Vrſola Hurtado de la Fuente me han ocaſionado a poner eſte hecho para eſta conſideracion, porque ſin embargo de la pretenſion que deduxo de eſtos tres cuentos, concluſo el pleyto, la ſentencia de reuiſta confirmô la vltima ſentencia, ſin embargo de la ſuplicacion de los nueuos aditamentos de que ſuplicarõ la dicha doña Vrſola Hurtado, y doña Maria de la Fuente.

86 ¶ Luego es cierto, y ſin duda, que en quanto a los tres cuentos pretendidos por doña Vrſola ay coſa juzgada, ſupueſto que deduzidos por la ſuſodicha, y pedido expreſſamente ſe executaſſe el compromiſſo hecho en Luys Suarez Ortiz, y Diego de Cuellar, en quanto a eſta cantidad no hizo caſo la Sala en ſu determinacion, antes expreſſamẽte (auiendo hecho relacion de la ſentencia de reuiſta, como es eſtilo) dize: *De que por parte de la dicha doña Vrſola Hurtado, y doña Maria de la Fuente, por nueuo aditamento de la dicha ſentencia fue ſuplicado, fue, y es buena, juſta, y derechamente dada, y pronunciada, y por tal, ſin embargo de lo cõtra ella dicho, y alegado en el dicho grado de ſuplicacion, la deuemos de confirmar, y confirmamos, la qual mandamos ſe guarde, cũpla y execute como en ella ſe contiene.*

Y con-

87 ¶ Y consiguientemente el contador obrò contra la cosa juzgada, y excediô en su determinacion, porque quando el juez pronuncia sobre lo principal, *non est necessarium commemorare expresse exceptionem oppositam, illam reprobando, vt illam videatur reiecisse, sed sat est pronuntiare super principalis, nam sic etiam censetur tacitè pronuntiasse super exceptione, dummodo de illa plenè cognouerit, & tùnc ex sententia oritur exceptio rei iudicatæ adversus prædictam exceptionem.* Palabras son de Carleual *de iudicijs, tom. 2. tit. 2. disputat. 5. num. 30.* quod comprobat ex Gratiano *disceptat. forens. tom. 3. disceptat. 945. ex num. 13.* Paciano *de probation. lib. 1. cap. 58. ex num. 63.* Farinac. *in praxi, quæst. 100. cap. 2. num. 89. & 90.* Afflict. *in constit. si ciuiliter agens, num. 11.* Y excediendo, indubitablemente hizo agrauio, que por todas las consideraciones referidas se deue deshazer.

AGRAVIO QVINTO.

88 ES constante que doña Elvira Hurtado de la Fuente era vna de los descendientes de Iuan de la Fuente, vno de los quatro hermanos que fundaron la comunidad, y asi participe en ella, y que la susodicha, no estando diuidida la compañia, muriô, y en su testamente, entre otras cosas que dispuso, fue mandar, se diessen a el Convento de Santa Cruz el Real, Convento de frayles Dominicos de esta ciudad, mil ducados, para que de su renta se le dixessen seys Missas en cada vn año, y se hiziesse la fiesta del Santisimo Sacramento en el Domingo de su octaua, y en el remaniente de sus bienes instituyò por heredera a doña Maria de la Fuente Hurtado, muger de don Luys de Paz.

89 ¶ Consta tambien, que para cobrar dicho Convento la renta de estos mil ducados ha hecho diferentes execuciones, y autos, y fue la causa de que los bienes de la comunioad se pusiessen en administracion. La

90 ¶ La determinacion del contador fue dezir, que estos mil ducados no los saca de los bienes comunes, si no le adjudica bienes a la casa de Iuan, de quien procede la dicha doña Elvira, con cargo de la paga de esta cantidad.

91 ¶ Con lo qual la sentencia de vista fue mandar, que adjudicandose dicha cantidad en la parte que huuiere de auer doña Maria Hurtado de la Fuente, heredera instituyda por dicha doña Elvira, y sacandose precipuamente los dichos mil ducados del legado para que se dên al dicho Convento, no ay agrauio, y reservò el derecho a las partes sobre lo que se ha pagado de reditos, y se pagarē hasta la adjudicacion precipua que se ha de hazer de la dicha cantidad a la dicha doña Maria Hurtado, y don Luys de Paz su marido, y entregò al dicho Cōvento, para que la hazienda quede libre de la dicha carga, pidan su justicia en la cuenta de frutos que de estos bienes està mandada hazer como les convenga.

92 ¶ Esta determinacion nos pareciò justificada, y assi no se suplicò de ella, antes pedimos confirmacion; porque claro està que la herencia de doña Elvira ha de venir a esta parte con sus cargas, pero esto aurà de ser desde que tuuiere efecto su entrego, y no antes, y en el interim se aurâ de pagar de los frutos comunes, para que quando se haga la cuenta de ellos, tambien se le ayan de baxar de los que tocaren a la parte de doña Elvira, y a doña Maria Hurtado como su heredera, que la representa.

AGRAVIO SEXTO.

93 PRopusose este agrauio por esta parte, y por doña Francisca Hurtado, pretendiendo le auia, por auer el contador adjudicado a doña Vrsola de la Fuente Hurtado en la parte que huuo de auer las hazas mas considerables de la hazienda, y que valen vn tercio mas por su calidad

dad y bondad que las que adjudicò a estas partes, por ser las peores, por estar en los valates, y caminos, por lo qual muchos años se quedan sin arrendar, mediante los daños que de esto les resulta.

94 ¶ Reconociò esto la Sala, y en su determinacion, ajustandose a los textos y doctrinas comunes, §. *si familiæ, &* §. *eadem. Instit. de offic. iudic. l. inter filios 11. C. famil. erciscund.* ibi: *Æquo iure diuidi oportere explorati iuris est*, & cum Alvaro Valasco, Mandelo, Mangilio, & alijs Antonin. Amatus *variar. resolut. tom. 2. resolut. 77. num. 5.* mandò en la sentencia de vista, que se adjudique con igualdad a las partes conforme lo que han de auer, assi las tierras de buenos pagos, como las no tales.

95 ¶ Y aunque esta determinacion es tan justificada, toda via las partes suplican a V.m. que para que se escusen mas pleytos, y litigios, y no quede a la voluntad del contador, de quien temen por la experiencia de lo primero, se mande se hagan suertes de lo bueno, y no tal, y se sorteen, ò subhasten inter socios, para que dichos inconvenientes cessen.

96 ¶ Esto que piden es tambien muy cõforme a derecho, *ex l. ad officium 3. C. commun. diuidundo*, ibi: *Et adversus singulos arbitrum petere debes, si ab illorum quoque societate discedi placeat.* Et inferius, ibi: *Ad licitationem nõ nunquam etiam extraneo emptore admisso*, vbi DD. omnes *l. arbor. 19. §. de vestibulo, ff. eod. tit.* Fontanel. *de pactis dotal. clausul. 4. glos. 9 part. 1. num. 75. 76. & seqq.* Capic. *decis. 36.* Vincent. de Franch. *decis. 160. n. 4.* Anton. Faber *in suo Cod. tit. commun. vtriusque iudic. lib. 3. tit. 27. diffinit. 14.* Y assi en quanto a esto se pretende que se reforme la determinaciõ, para que cessen los pleytos que despues de tantos se podian esperar.

97 ESTE le propone doña Francisca Hurtado, viuda de don Ioseph de Alcaraz, pretendiendo, que el contador le hizo, porque constando del testamento de don Pedro de la Fuente que el año de 608. auiendose quemado el ingenio de Pataura gastò de su propria hazienda nueue mil reales en repararlo, deuio hazer buenos a doña Maria de Alcaraz su hija, sucessora de el dicho don Pedro, por auerse convertido en vtilidad de la dicha compañia, y auerse hecho bienes comunes.

98 ¶ Lo determinado en este agrauio fue reservar la determinacion por aora, para que, justificado el dicho agrauio, pidan su justicia como les convenga.

99 ¶ Suplicò la dicha doña Francisca de esta determinacion, y recebido a prueua hizo prouança.

100 ¶ Pero sin embargo pretendemos, que se ha de confirmar, porque en quanto a este gasto corrē todas las doctrinas de que nos valimos en el agrauio segūdo num. 25. y en el agrauio quarto, por todo el, que es de los tres cuentos y tantas mil marauedis que el contador diô a la dicha doña Vrsola por la casa de Rodrigo, porque la vna y otra pretension serán de alguna consideracion en la cuē ta que se hiziere de los frutos (si desde luego no se tiene toda la hazienda de esta compañia por frutos, y integraliter se fenecen las cuentas, y se dissuelve.

101 ¶ Ademas que de esta cantidad, ni para aora, ni para entonces ay cosa liquida, si no lo liquidan mas bien con papeles, porque de las clausulas del testamento de don Pedro de la Fuente, que se han presentado, no consta que dixesse auerse hecho tal gasto, ni tampoco de la clausula de el testamento de Luys Hurtado de la Fuente, que asimismo se presentô, como podrâ V.m. mandarlo ver

en

en el memorial desde el fol. 38. buelta, hasta el fol. 40. Y quando el dicho don Pedro lo dixera en su testamento, siendo a su fauor, y de cãtidad que auia de liquidar cõ papeles, importara muy poco, quod tan vulgare est, vt non indigeat probatione.

102 ¶ Y de menos consideracion es la prouança que en esta instancia ha hecho la dicha doña Francisca, articulando en la quinta pregunta de su interrogatorio en esta instancia estos gastos del reparo de la quema del ingenio de Pataura, porque todos los testigos dizen de oydas al dicho don Pedro de la Fuente que auia hecho estos gastos, y en la cantidad discuerdan vnos, otros se remiten a los papeles, y otros dizen, que don Pedro se lamentaua sobre que la comunidad no se los pagaua auiẽdo sido en vtil de todos; y otros que no sabẽ lo que se gastô en repararlos, como se puede ver en sus dichos, que estan en el memorial desde la foja 40. y ya se vê que obra en el derecho semejante prouãça de oydas al mismo interessado, y sin liquidaciõ, en que no quiero cansar con los lugares tan vulgares, y comunes.

103 ¶ Pero es digno de reparo, que dên por razon algunos testigos, que estos gastos se los pidiò a Luys Hurtado de la Fuente, y que sobre ello huuo pleyto, y que le daua quatrocientos ducados, y que don Pedro no los queria, porque dezia, que el dicho Luys Hurtado se los auia de pagar todos, siẽdo assi que el susodicho no administraua la comunidad, y que solo era vno de los participes por cabeça de Gonçalo su padre, y por lo que le puede tocar por cabeça de Iuan su suegro, y que por la sentencia de don Lorenço del Castillo, administrador (que queda referida) fue condenado a la paga de mil y tantos reales del arrendamiento de vnas hazas que tuuo arrẽdadas, que eran de la comunidad. Y assi por ningun camino ay justificacion en la pretension de doña Francisca en este agrauio, y fue justa la reserva para quando lo prueue en la cuenta de frutos, y se deue confirmar.

AGRA-

104 AGrauiase de el contador la dicha doña Francisca Hurtado por no auer mandado satisfazer y pagar a la casa de Fernando, y a la susodicha como sucessora en ella, 7U-300. ducados que dize pagò y lastò por la fiança que hizo a Iuan Hurtado en la renta que tomò de la seda para toda la compañia, como consta del lasto que presentò otorgado el año de 605.

105 ¶ La determinacion en vista fue, declarar llanamente no auer agrauio, de que por esta parte se pide confirmacion, y con mucha justificacion.

106 ¶ Porque como consta de los papeles que presentè en esta instancia, y que se refieren en el memorial en las fojas 31. y 32. la renta de la seda la tomò por asiento con su Magestad Alvaro Lopez por tiempo de ocho años, que el primero fue el de 584. desde Enero del, y el vltimo acabô por fin de Diziembre de 591. y Gonçalo, Fernando, y Rodrigo en virtud de poder otorgado por el dicho Alvaro Lopez entraron gozando desde el dia primero de Enero de 584. De que resulta.

107 ¶ Lo primero, que esta renta de la seda no fue para la comunidad formada entre losquatro hermanos, y que oy se trata de diuidir, si no solo por los tres que viuian, que fueron, Gonçalo, Fernando, y Rodrigo, pues no entraron en ella los hijos de Iuan, que era muerto, y de quien fue tutor el dicho Rodrigo, y juntamente con los tres entrò el dicho Alvaro Lopez, esto consta de las dichas escrituras presentadas. Y assimismo es constante, que la comunidad sobre que oy se litiga no fue vniuersal de todos los bienes, si no particular, entrando cada vno las partes que declarò Rodrigo por el testamēto de Iuan su hermano, que tantas vezes en este pleyto se han repetido, y tantas ha dicho la parte de Rodrigo para la pretension de los tres cuentos ytantas mil marauedis que dize suplió, que tenia el hazienda.

Esto

452

108 ¶ Esto supuesto, quien puede dudar que esta compañia segunda de la rēta de la seda no se puede traer a consequencia, ni mezclarla con la primera de los quatro hermanos, sin que a esto pueda obstar, si se dixesse, que qualquiera cosa que vno de los compañeros hiziesse, tratasse, y obligasse, se juzgasse hecho por todos, y que todos quedassen obligados.

109 ¶ Tiene esto su fundamento en la *l. si socij simus, in fin. ff. pro socio, ex l. si vnus, in princip. ff. eodem.* melior textus in *l. cū duobus 52. §. fin. eodem tit.* cuius verba: *Cum duo erant argentarij socij alter eorum separati quasi erat, & lucri senserat. Quæritur an commune esse lucrum oportere? Et Imperator Seuerus Flauio Felici in hac verba rescripsit. Etiam si maximè argentariæ societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentariæ causa, id ad communionem non pertinere, explorati iuris est.*

110 ¶ Trae otros textos y fundamentos Antonino Thesaur. *decis. 136.* que es tan en nuestros terminos como por ella se vee, pues el hecho es en esta conformidad, con sus mismas palabras: *Socij vnius negociationis (vt verbis Vlpiani vtar in l. 5. in princip. ff. pro socio) in instrumento societatis dixerunt, quod quidquid esset per vnum ex socijs actum, cōtractum, & obligatum, censeretur ab alijs factum, & omnes obligarentur, vnus ex his emit coralia à mercatore pretio aureorum duorum milliū, & obligauit se nomine proprio nulla facta mentione societatis, nec apparet ipsa coralia versa in beneficium societatis: quærebatur, an alij socij essent obligati.*

111 ¶ Y auiendose disputado en el Senado de Saboya, y traydose los fundamentos por vna y otra parte, la resoluciō, y decision del Senado fue, que aquel contracto que el compañero hizo suo proprio nomine, no obligó a los otros consocios, his verbis: *His tamen non obstantibus placuit alijs dominus secunda opinio, eo quod ille creditor non*

 esset

esset secutus fidem sociorum, sed illius tantum cum quo contraxit nomine proprio, & ita absolvit reos, & socios Conventos Senatus, nisi probaretur rem fuisse versam in beneficium societatis.

112 ¶ Luego en nuestro caso, que los que hizieron esta nueua compañia de la renta de la seda, auiendola hecho nomine proprio, ni tomado en la boca que esta era para la comunidad, no deuen pedir cosa alguna, ni pretender lo que aora pretende doña Francisca Hurtado, porque esso era para cuenta a parte con los que contrataron en la dicha renta de la seda.

113 ¶ Sin que obstara cosa alguna que se prouasse que auia pacto. *Quod quidquid esset per vnum ex socijs actum, contractum, & obligatum, censeretur ab alijs factum, & omnes obligarentur.* Lo vno, porque en esta comunidad de los quatro hermanos no cõsta de tal pacto. Lo otro, porque (caso que constasse) ya responde a esto Thesauro en la decision referida num. 8. que suplico a V. m. vea. Y vltimamente, porque auia de constar que este nueuo contracto auia redundado en vtilidad de la compañia, optimè Giurba *ad consuetudin. Messanens. cap. 9. glos. 8. num. 4. & 5.* qui plures refert. Y no se darà en todo el pleyto, que de esta renta de la seda se comprasse para la comunidad cosa alguna, antes de ella vienen a redundar todas estas partidas que se piden, y assi quando no huuiera mas de este fundamento era bastante para que se confirmara la sentencia de vista en quanto a este agrauio.

114 ¶ Pero añadese lo segundo, que caso que esta renta de la seda huuiera sido para esta comunidad, no estando hechas, ni liquidadas las cuentas de dicha renta, para que se reconozca si huuo perdida, ò ganancia, ni tampoco las de los frutos (que dizen se han de hazer) de la comunidad, para que se reconozca lo mismo, no pudiera pedir la dicha doña Maria Hurtado lo que en este agrauio pretende, por todas las doctrinas que tengo

alegadas

alegadas en el agrauio segundo, y quarto, num.

115 ¶ Lo tercero, porque tambien consta por escritura que presentê en esta instancia, y se refiere en el memorial fol. 32. y en su margen, que los dichos Gonçalo, Fernando, y Rodrigo, juntamente con Diego Alvarez, fiador en la dicha renta de la seda del dicho Alvaro Lopez, compraron de Baltasar Lomelin Ginoues vn juro que tenia sobre la misma renta, cuyo principal era de 11.qs.377U275. marauedis, con calidad, que no se auia de poder vender para otro ningun efecto, si no para la paga de la dicha renta, ni hasta que de ella se huuiessen dado las cuentas, y estuuiesse pagado su Magestad, y que si en ella se ganasse de modo que el juro no fuesse necessario para la dicha paga, auia de quedar para ellos, y para el dicho Diego Alvarez, fiador del dicho Alvaro Lopez, poniendose en cabeça el juro del dicho Diego Alvarez, y desde luego hizieron diuision de lo que auia de caber de este juro a cada vno con la dicha condicion.

116 ¶ De lo qual resulta, que no auiendo quedado este juro, ni parte del en la hazienda de la comunidad de los Hurtados, se pagô con el a su Magestad, conforme a la cōdicion de la escritura, pues por ella no se pudo diuertir a otra cosa, ni venderse hasta auer dado cuentas, y assi estar pagado su Magestad, y consiguientemente no se pagò de la hazienda de Rodrigo, ni de la de Fernando, y son inciertas las pretensiones del vno, y del otro.

117 ¶ Y assi es justa la determinacion en vista de este agrauio, sin que importe la prouança que en esta instancia ha hecho la dicha doña Francisca Hurtado, porque todos los testigos dizen de oydas, sin dezir a quien, y vno dize, que lo oyô a dō Iuan Ramirez Serrano, que es el primero testigo de esta prouança, y otros dizen, que no saben la pregunta.

AGRA-

AGRAVIO NONO.

118 Este agrauio es de los derechos del contador, que està resuelto con la determinacion que los mandò tassar.

AGRAVIO DEZIMO.

119 ¶ Propone este agrauio esta parte diziendo, que lo fue baxar del cuerpo de la hazienda vn censo de 800. ducados a fauor de don Martin de Caycedo, que lo impuso Rodrigo Hurtado el año de 556. y assimismo otro censo de 7U700. reales que se paga al mayorazgo que possee don Garcia de Menchaca Mançanedo, que se impuso el mismo año de 1556.

120 ¶ Porque lo que en quanto a los dos censos es constante por sus escrituras que en virtud de poder que diò el dicho Rodrigo de la Fuente, Diego Hurtado de la Fuante su hijo, y doña Maria de Herrera su muger, y Elvira de la Torre, muger de Rodrigo de la Fuente, Gonçalo de Alcaraz, y Fernando Hurtado, y Melchor de Toledo fiadores, de mancomun tomaron estos dos censos, y por especial hipotecaron vn cortijo que llaman del Montijo, en la Puebla de Montalvan, vn cercado de oliuares de 1500. pies, vnas casas principales en la plaça de dicha villa, vn meson, y vnas tiendas, que las escrituras dizen eran de Rodrigo de la Fuente; y dicho Melchor de Toledo hipotecò vna tienda en la calle del Pan, esquina de san Gil, y otras dos tiendas juntas en la Caldereria, y otras tiendas y casas en el Campo del Principe; y el dicho Fernando Hurtado 325. marjales de tierras en el lugar de Patauta, que estauan cercados, y puestos de moreras.

121 ¶ Supuesto por cierto lo referido, porque el contador quiere cargar estos dos censos al cuerpo dela comunidad? Supuesto q̃ por las mismas escrituras consta, q̃ ni se tomaron para ella, ni los tomaron los quatro hermanos q̃ la fundarõ, ni se

se sabe que estuuiesse formada quando los censos se tomaron, que fue el año de 1556. tantos años, y las primeras cuentas que en todo este pleyto se descubre fueron el de 1582. que son 26. años antes, y en ellas, ni en los inventarios se haze cargo de estos censos.

122 ¶ Y quando aya la duda, quales sean los 325. marjales que Fernando hipotecò, y las casas y meson que hipotecò Rodrigo fuessen de los bienes de la Puebla de Montalvan, que por los autos que por esta parte reproduxe en esta instancia se estan pro indiuiso, siendo assi, que estos contractos no se hizieron nomine societatis, ni para ella, que razon pudo tener el contador para no cargar estos dos censos a las porciones de Rodrigo, y de Fernando, que para si tomaron estos censos? Ninguna; si fauorecer en todo la casa de Rodrigo dandole tres cuentos de marauedis sin justificacion alguna, vt manet probatum, estos en las mejores y mas arrendables hazas, y luego lo que el tomò para si de estos censos tantos años antes de la compañia.

123 ¶ Socius enim, quod in ipsis vtilitatem gessit ad socios non pertinet, *l. ei qui ad finem*, vbi Castrensis, & Cio. *num. 4. C. quod cum eo*, Gratian. *decis. 178. num. 3.* Y si contra socium pro ea re ipse agat, quam non sociorum nomine, sed proprio gessit; no deue ser oydo, Felicio *de societat. cap. 31. num. 27.* Riminald. iunior *cons. 331. num. 8.* Natta *cons. 567. num. 18.* antes està obligado a pagar lo que el por si contractò, Mantica *de tacit. & ambiguis convention. lib. 6. num. 22.* Menoch. *cons. 375.* Felicio *dict. cap. 31. num. 28.* porque el compañero no se presume que tiene mandato de los otros compañeros, nisi circa negotia societatis; *l. de pupillo, §. si plurium, ff. de nou. oper. nunt.* Gratian. *in addition. ad dict. decis. 178.* Anton. Thesaur. *in dict. decis. 136. nu. 3.* Tuschus *litter. S. conclus. 292. Nam quod quisque sui contemplatione impendit licet alteri possit prodesse ab eo tamen non repetit: l. 1. C. de*

 negot.

negot. gestis, l. creditor, *§. 1. ff. de mandati*, Angel. *conf. 245. num. 5.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 8. tit. 16. num. 11.*

124 ¶ Y assi estos censos se deuen cargar a la porcion de los que lo tomaron, y no a el cuerpo de la comunidad, que ni fueron, ni pudieron ser para ella, ni en su vtilidad. Ni es de consideracion la duda de quales fueron los marjales hipotecados por vno de los compañeros, porque aunque se supieran, era preciso cargarse a los que los hipotecaron sine societatis mandato, y lo contrario es conocidissimo agrauio.

125 ¶ Esto es lo que en pleyto tan dilatado, y en la confusion que ha causado la dilacion de tantos años, he podido hallar para la claridad de estos agrauios, ajustandome al memorial, y a lo que de el consta, deseare auerlo conseguido, y esperamos que han de quedar deshechos, y satisfechas las partes, lleuando cada vno con igualdad lo que de esta comunidad les toca, segun las porciones conuencionadas, y que cada vno deue auer, nam in simili societate servanda est æqualitas, *l. societas contrahitur, l. cum duobus. § si in eorunda, l. si non fuerit, cum similibus. ff. pro socio*, & cum multis latè Felicius *de societate, cap. 9. num. 12. & 22.* Zeuallos *commun. contra commun. quæst. 152. à num. 1.* Y assi lo esperamos. Salva in omnibus V. D. C.

do

Licenc. Ramon de Morales.